

Acórdão: 16.538/05/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010114584-70
Impugnante: Holcim (Brasil) S.A
Proc. S. Passivo: Antônio Fortuna/Outra
PTA/AI: 01.000147975-67
Inscr. Estadual: 059.073229.10-63
Origem: DF/Barbacena

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CIMENTO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatado recolhimento a menor de ICMS/ST, pela Autuada, substituta tributária nas operações envolvendo venda de cimento a contribuintes mineiros, em função de se ter deduzido, na apuração do ICMS/ST relativo a cada operação, o valor do imposto referente à respectiva prestação de serviço de transporte (frete), realizado sob a cláusula FOB e informado no corpo do documento fiscal. Corretas as exigências fiscais. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS/ST, em virtude da Autuada ter deduzido, na apuração do ICMS/ST, o valor do imposto relativo à prestação de serviço de transporte (frete – FOB) realizados pelos transportadores autônomos, destacado no corpo dos documentos fiscais.

Exige-se ICMS/ST e MR prevista no artigo 56, inciso II da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 403/407, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 507/513.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 514/520, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão, salvo algumas pequenas alterações.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre recolhimento do ICMS/ST a menor em virtude do contribuinte autuado ter deduzido, na apuração do ICMS/ST, o valor do imposto relativo à prestação de serviço de transporte (frete-FOB) realizados pelos transportadores autônomos, destacado no corpo dos documentos fiscais.

A Impugnante afirma que os fatos geradores ocorridos no exercício de 1999 estão prescritos à luz do artigo 156, inciso V, combinado com os artigos 173 e 174 do CTN.

O artigo 156 apenas afirma que a decadência é modalidade de extinção do crédito tributário e o artigo 174 refere-se a ação para cobrança do crédito tributário já constituído, assunto esse não pertinente a esse Auto de Infração.

Já o artigo 173 do CTN prevê:

“Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”;

O crédito tributário em questão foi constituído através do Auto de Infração nº. 01.000147975.67, lavrado em 06/12/2004 e dado a conhecer à Autuada em 23/12/2004. No caso em análise, em relação aos fatos geradores ocorridos em 1999, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado é primeiro de janeiro de 2000, e o prazo decadencial contado desta data extinguiu-se apenas em 31 de dezembro de 2004, posterior a emissão e entrega do Auto de Infração.

Conclui-se que, em conformidade ao dispositivo mencionado pela própria Impugnante, o crédito tributário foi corretamente constituído, antes de expirado o prazo decadencial.

É, pois, com base no artigo 173, inciso I do CTN que deve ser contado o prazo decadencial, sendo que o fundamento para aplicação desse dispositivo, ao invés da regra disposta no artigo 150, § 4º do CTN, é que, se não houve pagamento, não há o que homologar.

A alegação de serem coisas distintas a formação do preço para cálculo da Substituição Tributária do cimento e a ST do frete é óbvia e em nenhum momento o Fisco questionou tal fato. Tratam-se de dois fatos geradores completamente independentes e a autuação em tela originou-se de erro no cálculo do ICMS/ST nas vendas de mercadorias sujeitas a ST sob a cláusula FOB.

O primeiro fato gerador está relacionado ao ICMS relativo à prestação de transporte promovida por autônomo e cuja responsabilidade pela retenção recai sobre a Autuada por força do sistema de substituição tributária. Com relação a esse procedimento não há qualquer questionamento do Fisco e, tampouco, é objeto dessa peça fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O segundo fato gerador é o ICMS/ST devido pela venda de mercadoria sujeita a ST que foi calculado erroneamente pela Impugnante.

A Base de Cálculo da Substituição Tributária das mercadorias transacionadas pela Autuada está determinada pelo regime especial para operações relativas a cimento, onde consta que, não havendo a fixação do preço máximo, será o montante formado pelo preço praticado por distribuidor ou atacadista nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do IPI, do frete, do carreto e das despesas pagas pelo destinatário, ainda que cobrados por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de 20% (vinte por cento).

Dessa forma, a Base de Cálculo do ICMS/ST deverá ser calculada tomando-se o preço da mercadoria, acrescido dos valores do IPI, do frete, carreto e outras despesas além da margem de agregação de 20%. A apuração do ICMS/ST será feita aplicando-se a alíquota interna de 18% sobre a Base de Cálculo e, desse montante será subtraído o crédito destacado na nota fiscal relativa à operação própria conforme dispõe o artigo 32 do RICMS/MG:

"Art. 32 - O valor a recolher, a título de substituição tributária, será a diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota vigente nas operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte substituto".

Veja que a legislação é clara ao permitir o abatimento somente do imposto devido pela operação própria do contribuinte substituto.

Aqui está o cerne da questão.

A Impugnante, ao promover a apuração do ICMS/ST, calcula corretamente a Base de Cálculo do tributo, mas abate indevidamente os valores referentes ao ICMS/ST sobre as prestações de serviço de transporte (frete), realizadas por transportadores autônomos sob a cláusula FOB.

Notadamente, tais valores não podem ser enquadrados como de operação própria da Autuada por figurar apenas como substituta do transportador autônomo que é o real contribuinte.

A dedução do ICMS relativo ao frete-FOB não possui respaldo legal e esse egrégio Conselho de Contribuintes, em duas oportunidades, já considerou ilícita tal prática, por parte dessa mesma empresa, conforme se verifica nas ementas dos acórdãos, transcritas abaixo:

Acórdão: 15.916/03/3ª

IMPUGNAÇÃO: 40.010109388-00

IMPUGNANTE: HOLCIM BRASIL S/A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC. SUJEITO PASSIVO: ANTÔNIO FORTUNA/OUTROS

PTA/AI: 01.000141246-86

INSCRIÇÃO ESTADUAL: 012.073229.1770

ORIGEM: AF/BELO HORIZONTE

RITO: SUMÁRIO

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CIMENTO -
RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. CONSTATADO
RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST, PELA AUTUADA,
ESTABELECIDO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, INSCRITA EM
MINAS GERAIS COMO SUBSTITUTA TRIBUTÁRIA, ENVOLVENDO
OPERAÇÕES DE VENDA DE CIMENTO A CONTRIBUINTES
MINEIROS, EM FUNÇÃO DO CONTRIBUINTE TER DEDUZIDO, NA
APURAÇÃO DO ICMS/ST, O VALOR DO IMPOSTO RELATIVO À
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE (FRETE), DESTACADO
NO CORPO DOS DOCUMENTOS FISCAIS, POR DETERMINAÇÃO DE
NORMA RELACIONADA AO IMPOSTO SOBRE A PRESTAÇÃO DE
SERVIÇO DE TRANSPORTE DEVIDO PELOS TRANSPORTADORES
AUTÔNOMOS. INFRAÇÃO FUNDAMENTADA NOS TERMOS DO
ARTIGO 172, ANEXO IX, C/C ARTIGO 32, AMBOS DO RICMS/96.
INFRAÇÃO PLENAMENTE CARACTERIZADA. LANÇAMENTO
PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO: 14.495/01/2ª

IMPUGNAÇÃO: 40.010104474-31

IMPUGNANTE: HOLDERCIM BRASIL S/A

PROC. SUJEITO PASSIVO: ANTÔNIO FORTUNA/OUTROS

PTA/AI: 01.000137852-98

INSCRIÇÃO ESTADUAL: 012.073229.1770 (AUTUADA)

ORIGEM: AF/BELO HORIZONTE

RITO: ORDINÁRIO

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CIMENTO -
RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST — RECOLHIMENTO
A MENOR DE ICMS/ST POR PARTE DA AUTUADA, ESTABELECIDO
NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E ENQUADRADA COMO
SUBSTITUTA TRIBUTÁRIA, ENVOLVENDO OPERAÇÕES DE VENDA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DE CIMENTO A CONTRIBUINTES MINEIROS, EM FUNÇÃO DO CONTRIBUINTE TER DEDUZIDO, NA APURAÇÃO DE TAL IMPOSTO, O VALOR DO ICMS/ST RELATIVO AO FRETE. INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DO ART. 172, ANEXO IX, DO RICMS/96. EXIGÊNCIAS FISCAIS MANTIDAS. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

O valor do frete integra a Base de Cálculo do ICMS/ST da mercadoria na condição de custo da mesma não havendo, pois, que se falar em bi-tributação uma vez que está se tratando de dois fatos geradores distintos.

O demonstrativo apresentado pela Impugnante à fl. 405 do PTA deixa bem claro o procedimento incorreto adotado e confessado pela Autuada. Nota-se que a parcela “E” do cálculo praticado pela Holcim refere-se ao frete-FOB que está sendo abatido indevidamente do montante a recolher a título de ICMS/ST do produto “cimento portland composto CPIIE 32 (BO) – saca de 50 Kg”.

Não seria demais frisar que, diferentemente do afirmado na Impugnação apresentada, o objeto desse Auto de Infração é a cobrança de ICMS/ST a menor das operações com cimento e não a falta de recolhimento do ICMS/ST relativo ao frete de autônomo.

Dessa forma, o relatório de notas fiscais com retenção de ICMS sobre frete – saídas, a cópia do Livro RAICMS, a DAPI e a guia de recolhimentos apresentadas, nada alteram o feito fiscal, pois se relacionam ao recolhimento do ICMS/ST dos fretes e não ao ICMS/ST das mercadorias.

A alegação da Impugnante de promover tão somente o recolhimento do ICMS/ST de seus clientes, que são “NÃO CONTRIBUINTES”, não deve ser considerada por ser desprovida de qualquer sentido. Todas as operações que constam do Anexo 1 são operações realizadas nos CFOP’s 571 ou 5401, destinadas a contribuintes inscritos, para revenda. A afirmação da Autuada é tão desprovida de sentido, que se os destinatários fossem não contribuintes, não haveria sequer ICMS/ST a recolher.

Portanto, cabe ao tomador do serviço de transporte, que no caso em tela são os destinatários, se apropriar do ICMS retido por Substituição Tributária referente ao frete-FOB. Em hipótese alguma, essa prerrogativa poderia ser transferida para a Autuada para que essa abatesse no valor a recolher a título de ICMS relativo à Substituição Tributária de suas mercadorias.

Em resumo, ficou comprovado a apuração e recolhimento a menor do ICMS/ST pela Autuada sobre suas mercadorias, por haver abatido indevidamente o valor do ICMS/ST do frete-FOB, mesmo não sendo o imposto de uma operação própria.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 26/09/05.

**Antônio César Ribeiro
Presidente**

**Windson Luiz da Silva
Relator**

wls/vsf

CC/MG